

Sygn. akt:KIO 5/21  
KIO 126/21  
KIO 128/21  
KIO 129/21

**WYROK**  
z dnia 15 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**  
**Członkowie: Anna Osiecka**  
**Bartosz Stankiewicz**  
**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

1) 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A.**, (KIO 5/21)

2) 8 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A.** (KIO 126/21, KIO 128/21, KIO oraz KIO 129/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości**,  
**orzeka:**

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 2, 4, 5 i 6 odwołań;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołania;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Asseco Poland S.A.**, z siedzibą w Rzeszowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Asseco Poland S.A.**, z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

**Członkowie: .....**

.....

Sygn. akt:KIO 5/21  
KIO 126/21  
KIO 128/21  
KIO 129/21

**UZASADNIENIE**

W dniu 4 stycznia 2021 oraz w dniu 8 stycznia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęły odwołania wykonawcy **Asseco Poland S.A.** (dalej „**Odwolujący**”) zarzucając zamawiającemu – Ministerstwu Sprawiedliwości (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie następujących przepisów:

1) art. 29 ust. 1 Ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;

2) art. 29 ust. 1 Ustawy PZP poprzez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

3) art. 22a Ustawy PZP, art. 36a Ustawy PZP w związku z art. 22a ust. 4 Ustawy PZP poprzez rzeczywiste ograniczenie uprawnień wykonawców do polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych osób trzecich;

4) art. 91 ust. 2d Ustawy PZP w związku z 91 ust. 2d PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający ich należytą weryfikację oraz z naruszeniem zasady przejrzystości;

5) art. 96 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 36aa oraz w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części;

6) art. 471 Kodeksu cywilnego, art. 473 Kodeksu Cywilnego, art. 3531 KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy PZP poprzez określenie odpowiedzialności wykonawcy niezgodnie z zasadami odpowiedzialności kontraktowej oraz zasadą swobody umów;

7) naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z w/w przepisami poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości.

W związku z powyższym **Odwolujący** wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie **Zamawiającemu** dokonania modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu poprzez zmianę wskazanych zapisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu - szczegółowo w każdym zarzucie.

**Zarzut nr 1. SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców, Rozdział 1, pkt. 18 „Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia”**

**Odwolujący** wskazał, że **Zamawiający** w SIWZ w Rozdziale 1 pkt. 18 określił następujące kryteria oceny ofert:

„18.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty **Zamawiający** stosować będzie

następujące kryteria oceny ofert

a) Cena (C) - 60% (60 pkt.)

b) Czas usunięcia awarii lub błędów (T) - 40% (40 pkt.)”

Przyznanie punktów w kryterium pozacenowym odbywa się wyłącznie na podstawie deklaracji Wykonawcy w Formularzu ofertowym: „18.1.2. Kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów” będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez Wykonawcę w Formularzu „Ofertowym”.

Deklaracja ta polega na wskazaniu jednego z 3 określonych w SIWZ zestawów, gdzie dla każdego zestawu określony jest czas usunięcia awarii lub błędów Zestaw 1, Zestaw 2 lub Zestaw 3, **Zamawiający** nie wymaga podania żadnych innych danych, w tym jakichkolwiek informacji czy oświadczeń wykonawców, na podstawie których można by weryfikować te deklaracje na etapie oceny ofert. A zatem jest to kryterium całkowicie nie weryfikowalne.

Zdaniem **Odwolującego** w/w kryterium pozacenowe w obecnym kształcie jest pozornym kryterium oceny. Zgodnie z doświadczeniem **Odwolującego**, w przypadku takich nieweryfikowalnych na etapie oceny ofert kryteriów pozacenowych wszyscy wykonawcy i tak oferują, a w zasadzie deklarują, takie warunki przyszłej realizacji umowy, aby otrzymać

maksymalną liczbę punktów. W niniejszej sprawie wszyscy zadeklarują Zestaw 3 - za deklarację którego otrzymuje się 40 punktów. W praktyce oznacza to, że wybór oferty najkorzystniejszej dokonuje się wyłącznie na podstawie ceny zaofertowanych ofert. Zatem w praktyce ukształtowanie takiego kryterium stanowi obejście przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, który wskazuje, że cena może stanowić maksymalnie 60% wagi oceny ofert-w przypadku niniejszego postępowania wynosi ona bowiem w praktyce 100%.

Odwołujący wskazał, że w/w kryterium pozacenowe to jedynie sposób realizacji przedmiotu zamówienia a właściwie dodatkowe obowiązki, które zrealizować będzie musiał wykonawca. Realizacja takich obowiązków wiąże się z ponoszeniem przez wykonawcę konkretnych kosztów - głównie kosztów utrzymania zespołu/zespołów świadczących usługi serwisowe we wskazanym rygorze czasowym. A zatem ewentualne zadeklarowanie w ofercie realizacji w/w obowiązków wpływa jedynie na cenę oferty i nie jest kryterium oceny ofert innym niż cena/koszt wykonania.

Zdaniem Odwołującego rozpatrując zarzut z całą pewnością należy uwzględnić zasady doświadczenia życiowego i praktykę istniejącą na rynku w przypadku stosowania analogicznego kryterium. W znanych Odwołującemu przypadkach zastosowania przedmiotowego kryterium związanego z deklaracją czasu usunięcia awarii lub błędów wszyscy wykonawcy deklarowali w ofertach najwyższy możliwy poziom. Poniżej przedstawiamy przykładowe postępowania, w których zastosowano analogiczne kryterium – we wszystkich przypadkach wszyscy wykonawcy wskazali w ofertach takie wartości, aby otrzymać maksymalną liczbę punktów

Zamawiający	Nazwa postępowania	Kryteria oceny ofert
Ministerstwo Sprawiedliwości	Usługa dostępu do sieci Internet w podziale na II części	1) Cena (C) - 60% 2) „Zmniejszenie dopuszczalnego czasu niedostępności” -40%
Ministerstwo Sprawiedliwości	Budowa, usługi serwisowe oraz usługi asysty technicznej systemu Aplikacja Fundusz Sprawiedliwości (AFS)	1) Cena (C) - 60% 2) Czas usunięcia błędu krytycznego (Bk) - 30% 3) Czas usunięcia błędu zwykłego (Bz) - 6% 4) Czas usunięcia błędu drobnego (Bd) - 4%
Prokuratura Krajowa	Dostawa i montaż urządzeń sieciowych dla FOPD w ramach projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych w Sprawach Karnych (ISDA 2.0)”	a) Łączna cena oferty brutto - 60% b) Koszt usług związanych z rozwojem infrastruktury techniczno- systemowej sieci (KU) - 10% c) Skrócenie terminu dostawy Sprzętu i Oprogramowania Gotowego oraz przygotowania Projektu Technicznego (TI) -15% d) Termin usunięcia Usterki (TZ) -15%
Minister Cyfryzacji	Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy e- Zamówienia wraz z usługą hostingu	1.1 Kryterium „cena brutto (C)” — waga 60%. 1.2. Kryterium „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (DO)” - waga 20%. 1.3. Kryterium „Poziom dostępności w warstwy aplikacyjnej SLA dla Incydentu krytycznego (opisanego w pkt 2.6 pkt 3 w Załączniku nr 3 do OPZ) „S” - waga 12% 1.4 Kryterium Godziny Wsparcia SOZ i infolinii (opisanego w pkt 3.1 w Załączniku nr 3 do OPZ) „GW” - waga 8 %.
Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa	Zakup usługi Utrzymania i Rozwoju Aplikacji ZSziK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSiPplus, PA oraz eWhoisekPlus na okres 47 miesięcy	1.1. Kryterium „cena” (Pc) - waga 51%, 1.2. Kryterium „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” (PD) - waga 20%, 1.3. Kryterium „deklarowany Czas Realizacji Błędu Krytycznego” (PCR) - waga 8%, 1.4. Kryterium „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” (POM), o których mowa w pkt 8 Załącznika nr 4C w zoru Umowy stanowiącej Załącznik nr 9 do SMZ wzoru Umowy - waga 21%
Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych	Usługi asysty technicznej i konserwacji, modyfikacji i rozwoju Systemu SOAR	Kryterium- Cena oferty - 60% Kryterium- Jakość obsługi - 40% (oceniany zaofertowany przez Wykonawcę Czas Naprawy/Obejścia Wady Systemu rodzaju Awaria i Błąd)

W ocenie Odwołującego wprowadzone kryterium jest nieweryfikowalne na etapie oceny ofert. Prowadzi to do sytuacji, w której weryfikacja ofert w tym kryterium pozacenowym dokonywana byłaby dopiero na etapie wykonywania Umowy (zamiast na etapie oceny ofert). Na etapie oceny ofert Zamawiający może jedynie przyjąć „na wiarę” deklaracje wykonawcy, podczas gdy ustawodawca w przepisie art. 91 ust. 2d Ustawy PZP wymaga, aby kryteria oceny ofert zostały określone w sposób umożliwiający na etapie badania i oceny ofert sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. Zamawiający powinien zatem tak skonstruować SIWZ, aby możliwe było dokonanie już na etapie oceny ofert odpowiedniej weryfikacji zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2d Ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego weryfikację kryterium pozacenowego można przeprowadzić jedynie w sytuacji, kiedy zażąda się od wykonawców, aby w ofercie przedstawili informacje obiektywne, możliwe do sprawdzenia przez Zamawiającego, które jednocześnie nie są kryteriami pozornymi, przekładającymi się wyłącznie na cenę realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 roku, sygn. akt XXIII Ga 1350/20 oraz wyrok KIO z dnia 6 lipca

2020 roku, sygn. akt KIO 1129/20, KIO 1145/20 i KIO 1149/20.

Odwołujący wskazał jakie kryteria pozacenowe są stosowane przez innych zamawiających przy postępowaniach dotyczących systemów informatycznych podobnego rodzaju - co do skali i wartości. Przykładowo wskazać można na następujące postępowania z obiektywnymi i weryfikowalnymi kryteriami oceny:

Zamawiający	Postępowanie	Pozacenowe kryterium oceny ofert
ZAKŁAD UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH	świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych	30% - Test kompetencji technicznych (T) w kryterium tym zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali porównywalnej z KSI ZUS. 10% - Test kompetencji biznesowych (B). W kryterium Test kompetencji biznesowych zostanie przeprowadzona weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej z czterech podstawowych obszarów biznesowych. Zadania Testu kompetencji biznesowych będą dotyczyły niezbędnej wiedzy dla prawidłowej realizacji usług utrzymania systemu KSI ZUS.
GŁÓWNY URZĄD GEODEZJI I KARTOGRAFII	Budowa oraz rozwój e-usług i narzędzi w ramach projektów CAPAP, ZSIN Faza II i K GESJUT wraz ze szkoleniami.	20% - Wydajność procesu produkcji W ramach kryterium „Wydajność procesu produkcji” Wykonawca może uzyskać 0, 5, 10, 15 lub 20 punktów, w zależności od zaproponowanej przez Wykonawcę wydajności procesu produkcji, rozumianej jako liczby Punktów Funkcyjnych możliwych do realizacji w ramach Zleceń w ciągu miesiąca kalendarzowego. Wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że realizował usługi przez łączny okres min. 6 miesięcy ze średnioniesięczną wydajnością nie gorszą niż oferowana w kryterium 30% - Zasady oceny w edług kryterium kryteria techniczno-jakościowe próbki
		Ocena kryterium będzie dokonywana na podstawie oceny spełnienia wymagań opisanych w Załączniku do SIWZ, w załączonej przez Wykonawcę ofercie. Jako jakość rozwiązania oferty rozumiana jest sumaryczna liczba punktów uzyskana z oceny spełnienia wymagań opisanych w Załączniku do SIWZ w złożonej przez Wykonawcę ofercie.
MINISTERSTWO RODZINY, PRACY I POLITYKI SPOŁECZNEJ	Usługi dotyczące Centralnego Systemu Informatycznego Zabezpieczenia Społecznego (CSIZS).	35% - Koncepcja realizacji pulpitu administracyjnego statystyk Centralnego Systemu Informatycznego Zabezpieczenia Społecznego Zamawiający dokona oceny w tym kryterium na podstawie załączonej do oferty koncepcji, o której mowa w SIWZ. Oceny dokonywać będą członkowie merytorycznej komisji przetargowej.
GŁÓWNY INSPEKTORAT TRANSPORTU DROGOWEGO	Budowa, wdrożenie, utrzymanie i rozwój Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego	10% - Dodatkowe kwalifikacje osób zdolnych do wykonania zamówienia Zamawiający będzie ocenił, posiadane przez osoby zdolne do wykonania zamówienia, dodatkowe kwalifikacje (wykraczające poza projekty wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu) na podstawie Wykazu doświadczenia członków zespołu Wykonawcy, którzy będą oddelegowani do realizacji zamówienia. 25% - Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania stanowi sumę punktów uzyskanych po wypełnieniu tabeli opisanej w Opisie rozwiązania.

Zdaniem Odwołującego z powyższego możliwe jest określenie w SIWZ takich kryteriów pozacenowych, które z jednej strony będą związane z przedmiotem zamówienia, a z drugiej - umożliwią sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców przed zawarciem umowy, na etapie oceny ofert. Odwołujący wnioskuję, aby jako kryterium pozacenowe wprowadzić kryterium Testu kompetencji - jest to kryterium zarówno związane z przedmiotem zamówienia, jak i obiektywne i weryfikowalne na etapie oceny ofert. Zamawiający ma oczywiście całkowitą dowolność określenia zasad przeprowadzenia takiego testu, w żądaniu poniżej Odwołujący wskazał postanowienia, które mogą mieć zastosowanie do niniejszego postępowania, a które to postanowienia są oparte na regulacjach z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, z wprowadzeniem Testu kompetencji jako kryterium pozacenowego konieczne byłoby wprowadzenie wymogu, aby osoby skierowane przez wykonawców do realizacji testów kompetencji były zarówno związane z wykonawcą stałym stosunkiem prawnym, jak i - następczo zostały skierowane przez wykonawcę do realizacji umowy. Tylko bowiem w przypadku takiego powiązania personelu

realizującego testy z personelem realizującym umowę zachodzi sensowny i realny związek etapu oceny oferty z jakością realizacji przedmiotu zamówienia oraz z organizacją, kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem osób wyznaczanych do realizacji zamówienia. Poprawność takiej linii rozumowania Odwołującego została potwierdzona przez Krajową Odwołujący powołał się na wyrok KIO Izbę z dnia 19 czerwca 2020 roku KIO 452/20 i KIO 454/20.

Zdaniem Odwołującego wskazane powyżej braki SIWZ, które skutkują brakiem porównywalności i niemożliwością weryfikacji ofert w zakresie przedmiotowego kryterium, naruszają przepis art. 91 ust. 2d Ustawy PZP. Zamawiający ma obowiązek tak określić kryteria oceny ofert w SIWZ, aby kryteria te były jednoznaczne i zrozumiałe oraz - co według Odwołującego jest najważniejsze - umożliwiałyby sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. Obecne brzmienie SIWZ nie zawiera żadnych, nawet minimalnych postanowień, które umożliwiłyby Zamawiającemu weryfikację oświadczenia złożonego przez wykonawców. A to z kolei skutkuje naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 PZP, gdyż postępowanie staje się niekonkurencyjne w zakresie przedmiotowego kryterium.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian w kryteriach pozacenowych:

Lp*	Kryterium	Waga	Maksymalna ilość punktów jaką może otrzymać oferta za kryterium
1.	Cena (C)	60%	60
2.	Test kompetencji (T)	40%	40
Razem maksymalnie		100%	100

Wprowadzenie kryterium „Test kompetencji” - w kryterium tym zostanie przeprowadzona według wyboru Zamawiającego weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej obszarów biznesowych oraz umiejętności praktycznych, w szczególności:

- zostanie przeprowadzona weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej z zakresu przedmiotowych rejestrów: Krajowego Rejestru Karnego (KRK) oraz Rejestru Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym (RSPTS),
- zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi utrzymania przez wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali i złożoności porównywalnej do KRK i RSPTS,
- zostanie przeprowadzona weryfikacja zdolności i umiejętności świadczenia usługi rozwoju systemu, w tym umiejętności związane z analizą systemową, projektowaniem, implementacją funkcjonalności, testowaniem oraz wdrażaniem (automatycznym) zmian.

Zadania Testu kompetencji powinny dotyczyć niezbędnej wiedzy i umiejętności wymaganych dla prawidłowej realizacji usług utrzymania i rozwoju przedmiotowego Systemu.

3) Wprowadzenie postanowień dotyczących regulaminu i zasad przeprowadzenia testu.

4) Wprowadzenie postanowień, iż Personel wskazany do realizacji w/w Testu kompetencji powinien być związany z Wykonawcą lub wskazanym w ofercie podwykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna zawarta na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy).

5) Wprowadzenie postanowień, że personel skierowany do w/w Testu kompetencji powinien stanowić personel Wykonawcy kierowany przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym wprowadzenie obowiązku złożenia wraz z ofertą „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, biorących udział w teście kompetencji” oraz dodanie do SIWZ postanowienia, że udział w Testach kompetencji mogą brać wyłącznie osoby wskazane w takim Załączniku.

#### **Zarzut nr 2 - SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców, Rozdział 1, pkt.5.4 „Podwykonawstwo” oraz §16 IPU**

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ w Rozdziale 1 pkt 5.4 określił następujące warunki dla podwykonawstwa:

5.4. Podwykonawstwo:

5.4.1. Zamawiający zastrzega konieczność osobistego wykonania przez Wykonawcę przedmiotu Umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 1 i IPU. tj. usługi wsparcia eksploatacji, świadczenia serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu (System teleinformatyczny Krajowego Rejestru Karnego, na który składają się: system KRK 1.0 opisany w Załączniku nr 1 do IPU, system KRK 2.0 opisany w Załączniku nr 2 do IPU, system RSPTS opisany w Załączniku nr 3 do IPU) oraz przedmiot Umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 IPU. tj. usługi modyfikacji Systemu.

5.4.2. Zamawiający przewiduje możliwość powierzenia przez Wykonawcę podwykonawcom wykonanie przedmiotu Umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 3) IPU. tj. przygotowania i zrealizowania szkoleń/warsztatów dla. Użytkowników wewnętrznych, Administratorów Systemu lub osób wskazanych przez Zamawiającego"

Identyczne postanowienia zamieszczono w § 16 IPU

11. W IPU w § 2 Przedmiot umowy przedmiot umowy podzielił na 3 części:

§ 2. Przedmiot Umowy

1. Przedmiotem Umowy jest wykonanie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego:

1) wsparcia eksploatacji, świadczenie serwisu i wsparcie techniczne dla Systemu (...)

2) modyfikacje Systemu (...)

3) przygotowanie i zrealizowanie szkoleń/warsztatów dla Użytkowników wewnętrznych, Administratorów Systemu lub osób wskazanych przez Zamawiającego (...)

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania przez Wykonawcę zarówno usługi wsparcia eksploatacji, świadczenie serwisu i wsparcie techniczne dla Systemu jak i usługi modyfikacji Systemu, pozwalając na zlecenie podwykonawcom wyłącznie usług z zakresu szkoleń. Powyższe ograniczenia narusza postanowienie art. 22a Ustawy PZP, w szczególności w kontekście regulacji art. 22a ust. 4 Ustawy PZP. Zamawiający nie ograniczył uprawnień wykonawców do polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych osób trzecich - odpowiednie regulacje znalazły się w pkt 10 Tomu I SIWZ. W pkt 10.4 Zamawiający wskazał (powtarzając regulację art. 22a ust 4 Ustawy PZP):

10.4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na doświadczeniu innych podmiotów, jeżeli podmioty te zrealizują usługi do realizacji których te zdolności są wymagane.

Odwołujący wskazał, że jako warunki udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał właśnie wykazanie się usługami, której przedmiotem było:

a. świadczenie serwisu systemu teleinformatycznego,

b. budowa lub były modyfikacje systemu teleinformatycznego.

A zatem należy przyjąć, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach osób trzecich w celu wykazania się spełnianiem

w/w warunków udziału. Z kolei - jeśli zgodnie z pkt 10.4 Tomu I SIWZ i art. 22a ust. 4 Ustawy PZP podmioty użyczające zasoby mają obowiązek zrealizować usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane - to oczywiście jest, że podmioty te muszą być podwykonawcami z punktu widzenia konstrukcji przewidzianych prawem cywilnym. A zatem mamy do czynienia z wewnętrznym sprzecznym brzmieniem SIWZ - z jednej strony Zamawiający nie dopuszcza podwykonawstwa w zakresie usług utrzymania i modyfikacji Systemu, a z drugiej strony dopuszcza poleganie na zasobach podmiotów trzecich. A zatem Zamawiający naruszył art. 36a ust. 2 w związku z art. 22a ust. 4 Ustawy PZP.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ poprzez wykreślenie dotychczasowego brzmienia pkt 5.4.1 i 5.4.2 Tomu I SIWZ i wprowadzenie w to miejsce takiego zakresu obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, który nie będzie naruszał regulacji art. 22a ust. 4 Ustawy PZP. Przykładowo postanowienia tych punktów po zmianie mogłyby brzmieć:

#### 5.4.Podwykonawstwo:

5.4.1.Zamawiający zastrzega konieczność osobistego wykonania przez Wykonawcę przedmiotu Umowy określonego w§2 ust. 1 pkt 1) IPU oraz w§2 ust 1 pkt 2) IPU w 50%;

5.4.2.Zamawiający przewiduje możliwość powierzenia przez Wykonawcę podwykonawcom wykonania:

a)nie więcej niż 50% części przedmiotu Umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 1) IPU oraz w § 2 ust. 1 pkt 2) IPU

b)całości przedmiotu Umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 3) IPU, tj. przygotowania i zrealizowania szkoleń/warsztatów dla Użytkowników wewnętrznych, Administratorów Systemu lub osób wskazanych przez Zamawiającego."

Analogiczne zmiany powinny być dokonane w § 16 IPU.

#### **Zarzut nr 3 - Definicja: „ Błąd” - kategorie Błędów: „Błąd krytyczny”, „Błąd zwykły”, „Błąd drobny”**

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dokumencie „Istotne dla Stron Postanowienia Umowy” oraz w Załączniku 5 do IPU (sygn. akt: KIO 5/21) oraz w załączniku nr 3 (KIO 126/21, KIO 128/21, KIO 129/21) zawarł następujące definicje kluczowe dla realizacji przedmiotu zamówienia:

Błąd	Zdarzenie lub zakłócenie niebędące częścią standardowego działania Systemu bez względu na jego przyczynę skategoryzowane i opisane w Załączniku nr 5 do Umowy.
Błąd krytyczny	Błąd uniemożliwiający poprawne wykorzystanie Systemu lub jego niezbędnej funkcjonalności do realizacji procesów biznesowych. Zakłócenie pracy Systemu polegające na istotnym ograniczeniu wydajności Systemu lub pracy Systemu niezgodnej z Dokumentacją. Działanie Systemu prowadzące do otrzymywania błędnych wyników przetwarzania danych w tym mogące powodować lub powodujące utratę danych, uszkodzenie danych lub utratę ich spójności, brak możliwości przetwarzania lub rejestracji danych w Systemie. Jako błąd krytyczny należy rozumieć również błąd mogący powodować lub powodujący przełamanie zabezpieczeń związanych z poufnością, integralnością i dostępnością systemu i danych. Po udostępnieniu Obejścia Błąd krytyczny staje się Błędem zwykłym
Błąd Zwykły	Błąd nie powodujący zatrzymania procesu biznesowego, który: -utrudnia realizację procesów biznesowych; -utrudnia efektywne wykorzystanie Systemu lub funkcjonalności Systemu; -powoduje działanie Systemu nie zgodne z Dokumentacją; nie będący Awarią, Błędem krytycznym ani Błędem drobnym.
Błąd Drobny	Błąd ujawniony w obszarze zastosowań Systemu, który nie stanowi zagrożenia wykonania funkcji Systemu ale w pływ negatywnie na komfort pracy użytkownika który prowadzi do: - nieergonomicznej pracy (np. format pól, brak walidacji, literówki, błędne nazwy, konieczność zbędnych „kliknięć”), utrudniającej uzyskanie pożądanego rezultatu, itp.

A zatem, w ocenie Odwołującego, Zamawiający określił Błąd i w konsekwencji poszczególne kategorie Błędów w sposób całkowicie otwarty - Błędem jest zdarzenie lub zakłócenie niebędące częścią standardowego działania Systemu bez względu na jego przyczynę. Przy takich definicjach Zamawiający będzie mógł dowolnie zdarzenia kwalifikować jako Błędy w ramach ich poszczególnych kategorii. Zamawiający - zamiast określić przesłanki uznania zdarzeń jako Błędy - tak sformułował w/w definicje, że Wykonawca na etapie przygotowania oferty nie może nawet szacunkowo ocenić liczby występujących Błędów.

W ocenie Odwołującego, trudno w/w definicje uznać za prawidłowe określenie przez Zamawiającego obowiązków Wykonawcy, czyli określenie w sposób zamknięty, pełny i jasny. Jest to klasyczny przypadek czystej uznaniowości Zamawiającego w kształtowaniu zobowiązań umownych wykonawcy. Zamawiający jako Błąd może wskazać zdarzenie, którego przyczyna tkwi w działaniach czy zaniechaniach Zamawiającego - co wynika wprost ze sformułowania „bez względu na jego przyczynę”. Jest to oczywiście sprzeczne z przepisem art. 433 pkt 3 Ustawy 2 dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Mając na uwadze, że usługi w ramach przedmiotowego zamówienia będą realizowane wyłącznie w okresie obowiązywania nowej Ustawy PZP, Zamawiający, wszczynając niniejsze postępowanie, powinien wziąć pod uwagę wolę ustawodawcy w zakresie obowiązku współdziałania czy klauzul abuzyjnych. A to wszystko w celu należytej realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego przedmiotowe definicje rażąco naruszają przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP. Wykonawca po zapoznaniu się z definicjami nie wie, które okoliczności zostaną zakwalifikowane jako Błędy, a które nie. Można się też spodziewać, że jako Błędy będą zgłaszane okoliczności, które nie mają żadnego wpływu na korzystanie z Systemu oraz że takich zgłoszeń będzie bardzo dużo. Uniemożliwia to sporządzenie oferty - Wykonawca nie ma możliwości przybliżonego chociaż oszacowania liczby Błędów, jakie mogą być zgłaszane przez Zamawiającego, a do usunięcia których będzie zobowiązany. Szczególnie, że przy tym poziomie uznaniowości, jakim jest obecnie obarczona definicja Błędu, liczba ta może być dowolnie duża. Zatem obecnie Odwołujący nie ma możliwości oszacowania ceny oferty - koszty realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie usuwania Błędów są całkowicie niemierzalne i niemożliwe do oszacowania na etapie przygotowania oferty. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie w

wyroku z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. akt XXIII Ga 780/16.

Zdaniem Odwoływającego mając na uwadze powyższe konieczna jest taka zmiana definicji Błędu, aby usunąć z tej definicji wszystkie nieostre i nieo określone elementy definicji, które nie mają wpływu na korzystanie przez Zamawiającego z funkcjonalności Systemu i które nie wpływają na prawidłowe funkcjonowanie organizacji Zamawiającego. Odwoływający przedstawił definicje z postępowania prowadzonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości na „Budowę\* utrzymanie i rozwój systemu Krajowy Rejestr Zadłużonych”. Odwoływający zwrócił uwagę, że definicje z przywołanego postępowania są zgodne ze standardami obowiązującymi na rynku informatycznym - odwołują się do oceny działania systemu w odniesieniu do jego Dokumentacji. Kryterium takiego wyraźnie brakuje w postanowieniach w niniejszym postępowaniu.

Błąd	Zdarzenie lub zakłócenie nie będące częścią standardowego działania Systemu, skategoryzowane i opisane w Załączniku nr 5 do Umowy.
Błąd krytyczny	Stan Systemu, w którym część Systemu nie funkcjonuje zgodnie z Dokumentacją aktualnie eksploatawanej wersji lub według wymagań do funkcjonalności Systemu, mogący skutkować lub skutkujący uniemożliwieniem lub istotnym ograniczeniem wykorzystania Systemu lub jego istotnej funkcjonalności do realizacji procesów biznesowych, w tym mogący powodować lub powodujący utratę danych, uszkodzenie danych lub utratę ich spójności. Jako błąd krytyczny należy rozumieć również błąd mogący powodować lub powodujący przełamanie zabezpieczeń związanych z poufnością, integralnością i dostępnością systemu i danych. Po udostępnieniu Obejścia Błąd krytyczny staje się Błędem zwykłym
Błąd Zwykły	Stan Systemu, w którym część Systemu nie funkcjonuje zgodnie z Dokumentacją aktualnie eksploatawanej wersji Systemu lub według wymagań do funkcjonalności Systemu, który prowadzi do: - braku możliwości przetwarzania lub rejestracji danych w Systemie, lub - błędnego działania funkcjonalności Systemu lub - powolnej pracy Systemu lub - innego błędu, co wpływa w sposób istotny na wyniki pracy Odbiorców usług, Użytkowników branżowych i Użytkowników zarejestrowanych

Mając powyższe na uwadze Odwoływający wniosł o wprowadzenie prawidłowych definicji Błędu oraz poszczególnych kategorii Błędów poprzez wykreślenie z definicji Błędu zwrotu „bez względu na jego przyczynę” oraz odniesienie poszczególnych kategorii błędu do stanu Systemu w odniesieniu do jego Dokumentacji poprzez wprowadzenie do SIWZ definicji:

Błąd	Zdarzenie lub zakłócenie niebędące częścią standardowego działania Systemu, skategoryzowane i opisane w Załączniku nr 5 do Umowy.
Błąd krytyczny	Stan Systemu, w którym część Systemu nie funkcjonuje zgodnie z Dokumentacją aktualnie eksploatawanej wersji, skutkujący: - uniemożliwieniem poprawnego wykorzystania Systemu lub jego niezbędnej funkcjonalności do realizacji procesów biznesowych, - zakłóceniem pracy Systemu polegającym na istotnym ograniczeniu wydajności Systemu lub pracy Systemu, - działaniem Systemu prowadzącym do otrzymywania błędnych wyników przetwarzania danych, w tym mogący powodować lub powodujący utratę danych, uszkodzenie danych lub utratę ich spójności, brak możliwości przetwarzania lub rejestracji danych w Systemie. Jako błąd krytyczny należy rozumieć również błąd mogący powodować lub powodujący przełamanie zabezpieczeń związanych z poufnością, integralnością i dostępnością Systemu i danych. Po udostępnieniu Obejścia Błąd krytyczny staje się Błędem zwykłym
Błąd zwykły	Stan Systemu, w którym część Systemu nie funkcjonuje zgodnie z Dokumentacją aktualnie eksploatawanej wersji Systemu, nie powodujący zatrzymania procesu biznesowego, który prowadzi do: - utrudnionej realizacji procesów biznesowych; - utrudnienia efektywnego wykorzystania Systemu lub funkcjonalności Systemu; Błąd nie będący Awarią, Błędem krytycznym ani Błędem drobnym
Błąd drobny	Stan Systemu, w którym część Systemu nie funkcjonuje zgodnie z Dokumentacją aktualnie eksploatawanej wersji Systemu skutkiem czego zostały ujawnione błędy, które nie stanowią zagrożenia w wykonaniu funkcji Systemu ale wplywają negatywnie na komfort pracy użytkownika, które prowadzą do nieergonomicznej pracy (np. format pól, brak w walidacji, literówki, <b>błędne nazwy, konieczność zbędnych „kliknięć”, utrudniające uzyskanie pożądanego rezultatu, itp</b>

**Zarzut nr 4 - § 2 ust. 1 IPU Przedmiot zamówienia w związku z SIWZ, Tom I, pkt 5 Przedmiot zamówienia - nieuzasadniona rezygnacja z podziału zamówienia na części**

**Sygn. akt: KIO 5/21**

Odwoływający wskazał, że zgodnie z treścią przepisu art. 96 ust. 1 pkt 11 Ustawy PZP w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części, a

jednocześnie nie zawarł w protokole rzeczywistych, pełnych i racjonalnych przyczyn braku takiego podziału. Tym samym naruszenie przepisów Ustawy PZP jest oczywiste. Odwołujący wskazał, że przepis art. 96 ust. 1 pkt 11 Ustawy PZP stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej - stanowiącej, że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Oba te przepisy- polskiego Prawa zamówień publicznych oraz Dyrektywy klasycznej należy interpretować z uwzględnieniem jednego z głównych celów dyrektyw w zakresie zamówień publicznych - a celem tym jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych oraz zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny:

a) instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia,  
b) potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi trudnościami, które nie są nadmierne, czy problemami z koordynowaniem działań wykonawców, z którymi nie wiąże się poważna groźba nieprawidłowej realizacji zamówienia - nie mogą być przyczyną braku podziału zamówienia na części. Tym bardziej taką przyczyną nie może być wygoda zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, oczywistym jest, że Zamawiający podejmuje decyzję o braku podziału zamówienia na części w zależności od swoich potrzeb, jednakże w każdym przypadku swoboda Zamawiającego jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobowiązany badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja o braku podziału nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia całym grupom wykonawców. Brak podziału niniejszego zamówienia na części z dniem odwołującego narusza tę konkurencję.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z § 3 Umowy, jest świadczenie 3 różnych usług:

28.1.1. wsparcia eksploatacji, świadczenia serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu;

28.1.2. modyfikacji Systemu;

28.1.3. szkoleń/warsztatów dla Użytkowników wewnętrznych, Administratorów Systemu lub osób wskazanych przez Zamawiającego.

Istota zamówienia i jego różnorodność mieści się w pojęciu System - zgodnie z definicją z §1

23.	System	<p>System teleinformatyczny Krajowego Rejestru Karnego, na który składają się:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) system KRK 1.0 opisany w Załączniku nr 1 do Umowy</li> <li>2) system KRK 2.0 opisany w Załączniku nr 2 do Umowy</li> <li>3) system RSPTS opisany w Załączniku nr 3 do Umowy</li> </ol> <p>Elementy Systemu znajdują się w Departamencie Informatyzacji i Rejestrów Sądowych Ministerstwa Sprawiedliwości</p>
-----	--------	---

Jak wynika z powyższej definicji - usługi określone w § 2 Umowy, stanowiące przedmiot zamówienia, dotyczą 3 niezależnych od siebie systemów informatycznych, które obecnie są utrzymywane i rozwijane przez niezależne zespoły. A zatem - na chwilę obecną nie istnieje jednolity, stanowiący nierozdzielalną całość „System teleinformatyczny Krajowego Rejestru Karnego”. Nie istnieją zatem też żadne racjonalne przesłanki, aby łączyć 3 dotychczasowe projekty w 1 umowę - którą realizować będzie tylko 1 wykonawca. O ile można, w ocenie Odwołującego, zrozumieć, że Zamawiający połączył w 1 zamówieniu usługi dla 3 różnych systemów, to nie jest zrozumiałe, dlaczego jednocześnie Zamawiający zaniechał podziału zamówienia na części, odrębne dla każdego z systemów.

Odwołujący wskazał, iż zakłada, że zawarte w protokole uzasadnienie braku podziału zamówienia na części jest ogólnikowe i nie odnoszące się w ogóle do specyfiki postępowania, zostało sformułowane na tak dużym poziomie ogólności, że równie dobrze mogłoby dotyczyć każdego innego postępowania na usługi informatyczne. Wskazać jednak należy, że usługi utrzymania i rozwoju dla każdego z 3 systemów: systemu KRK 1.0, systemu KRK 2.0 i systemu RSPTS mogą być świadczone w całkowitym oderwaniu od usług dla pozostałych systemów. Przykładowo - świadczenie usług dla KRK 1.0 w żaden sposób nie wpływa na sposób i terminowość świadczenia usług dla KRK 2.0 czy RSPTS.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wskazał też, jakie to rzekome „nadmierne” trudności wynikałyby z faktu, że inny wykonawca świadczyłby usługi dla systemu KRK 1.0, a inny wykonawca - świadczyłby usługi dla systemu RSPTS. Brak takiego wskazania jest dla Odwołującego oczywisty-trudności takie po prostu nie istnieją. Odwołujący powołał się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku w wyroku z dnia 12.12.2019 r., sygn. akt I Sa/Bk 508/19 oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24.11.2016 r., sygn. akt II GSK 1127/15, wyrok KIO z dnia 12.06.2018r., sygn. akt: KIO 1022/18, KIO 2016/18, KIO 2346/16, KIO 2236/17.

Zdaniem Odwołującego w każdym przypadku zaniechania podziału zamówienia na części nieodzowne jest przeprowadzenie przez zamawiającego szczegółowej analizy, dokonanej na tle konkretnego stanu faktycznego, czy nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie przepisu art. 96 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 36aa oraz w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: podziału zamówienia na części zgodnie z wymaganiami art. 36aa Ustawy PZP poprzez wydzielenie osobnych części dla każdego z systemów informatycznych, tj. KRK 1.0, KRK 2.0 i RSPT, tj.:

1. Usług wsparcia eksploatacji, świadczenia serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu, usług modyfikacji Systemu oraz szkoleń/warsztatów dla Użytkowników wewnętrznych, Administratorów Systemu lub osób wskazanych przez Zamawiającego - dla systemu KRK 1.0 opisanego w Załączniku 1 do Umowy,
2. Usług wsparcia eksploatacji, świadczenia serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu, usług modyfikacji Systemu oraz szkoleń/warsztatów dla Użytkowników wewnętrznych, Administratorów Systemu lub osób wskazanych przez Zamawiającego - dla systemu KRK 2.0 opisanego w Załączniku 2 do Umowy,

3. Usług wsparcia eksploatacji, świadczenia serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu, usług modyfikacji Systemu oraz szkoleń/warsztatów dla Użytkowników wewnętrznych, Administratorów Systemu lub osób wskazanych przez Zamawiającego - dla systemu RSPTS opisanego w Załączniku 3 do Umowy;

oraz dokonanie innych zmian będących skutkiem podziału zamówienia na części.

**Zarzut nr 4 – Załącznik nr 5 do IPU „Wykonywanie usług na rzecz Zamawiającego związanych z utrzymywaniem Systemem” (sygn. akt: KIO 126/21, KIO 128/21 oraz KIO 129/21)**

Odwołujący wskazał, że w pkt 1 Załącznika 5 Zamawiający określa katalog usług jakie Wykonawca zobowiązany będzie świadczyć w ramach wykonywania usług na rzecz Zamawiającego związanych z utrzymywaniem Systemem. Definiując katalog usług Zamawiający używając w pkt 1, ppkt 1) przed listą wymienionych czynności zwrotu „polegających w szczególności na” oraz poprzez użycie zwrotów otwierających katalog usług w pkt 1, ppkt 1) tiret d) oraz pkt 1, ppkt 3) tiret b) o treści „i inne” spowodował, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejasny, nieprecyzyjny i otwarty. Zamawiający w sposób otwarty definiuje więc zobowiązania Wykonawcy, Odwołujący na etapie sporządzenia oferty nie jest w stanie ocenić, jaki zakres usług zobowiązany będzie świadczyć z tytułu wykonywania usług na rzecz Zamawiającego związanych z utrzymywaniem Systemem. Zatem, zdaniem Odwołującego, w tym przypadku mamy do czynienia z otwartym i niepełnym zakresem przedmiotu umowy w zakresie świadczonych usług. Zamawiający nienależycie opisał przedmiot umowy, co narusza przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP.

Dalej Odwołujący wskazał, że pkt 7, Załącznika 5 Zamawiający w sposób następujący definiuje wymagania co do Czasu realizacji usług przez Wykonawcę:

„7. Czas realizacji

1) Wykonawca realizuje Zgłoszenie w czasie nie dłuższym niż czas realizacji wskazany przez Zamawiającego w przekazanym Zgłoszeniu do Wykonawcy.

2) Czas realizacji Zgłoszenia przez Wykonawcę, liczony jest od momentu przekazania Zgłoszenia w wykorzystywanym przez Zamawiającego systemie zgłoszeniowym do Wykonawcy do momentu przekazania (w formacie yyyy-mm-dd-hh:mm) rozwiązanego Zgłoszenia do Zamawiającego w Systemie, bez okresów, kiedy Zgłoszenie pozostawało po stronie Zamawiającego pod warunkiem zamknięcia Zgłoszenia przez Zamawiającego.”

W ocenie Odwołującego, zdefiniowane w powyższy sposób wymaganie powoduje, że Zamawiający jednostronnie i bez jakiegokolwiek gwarancji uwzględnienia obiektywnych kryteriów dotyczących realnego czasu i terminu realizacji danej usługi będzie decydował o warunkach realizacji usługi. To jedynie od decyzji Zamawiającego może zależeć czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować usługę w wyznaczonym terminie i czy Wykonawca z uwagi na wyznaczenie obiektywnie zbyt krótkiego czasu i terminu realizacji danej usługi będzie musiał płacić kary w wysokości 0,5 % miesięcznego wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1 za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia realizacji usługi. W ocenie Odwołującego jest to klasyczny przypadek czystej uznaniowości Zamawiającego w kształtowaniu zobowiązań umownych wykonawcy. Przedmiotowe zapisy rażąco naruszają przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP gdyż zakres obowiązków Wykonawcy nie został określony w sposób jednoznaczny i zamknięty. Po analizie Załącznika 5 do IPU, Odwołujący nie wie, w jakim reżimie czasowym przyjdzie mu realizować usługi, za przekroczenie czasu realizacji których będzie musiał płacić wysokie kary. Odwołujący nie ma możliwości oszacowania ani ceny oferty, ani ryzyk wynikających z niedotrzymania SLA - koszty realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie określonym Załącznikiem 5 do IPU są całkowicie niemierzalne i niemożliwe do oszacowania na etapie przygotowania oferty.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ poprzez:

1. Opisanie w Załączniku 5 do IPU zobowiązań Wykonawcy określonym i zamkniętym katalogiem usług, które zobowiązany będzie realizować.

2. Określenie kryteriów dla czasu realizacji poszczególnych usług Wykonawcy poprzez a) zastąpienie zapisu pkt 7. Ppkt 1):

„1) Wykonawca realizuje Zgłoszenie w czasie nie dłuższym niż czas realizacji wskazany przez Zamawiającego w przekazanym Zgłoszeniu do Wykonawcy.”

zapisem:

„1) Wykonawca realizuje Zgłoszenie w czasie nie dłuższym niż czas realizacji uzgodniony przez strony.”

lub alternatywnie

b) określenie dla każdej usługi z katalogu usług, które Wykonawca zobowiązany będzie świadczyć z tytułu wykonywania usług na rzecz Zamawiającego związanych z utrzymywaniem Systemem zakładanego czasu realizacji zgłoszenia (usługi), okna dostępności usługi oraz minimalnego czasu, w jakim zgłoszenie musi zostać przekazane przez Zamawiającego do Wykonawcy przed planowanym terminem rozpoczęcia jego realizacji.

**Zarzut nr 5 - § 2 ust 19 IPU Przedmiot zamówienia - ukształtowanie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka**

Odwołujący wskazał, że w § 2 „Przedmiot umowy” Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

„19. Wykonawca odpowiada na zasadzie ryzyka za działanie Systemu i poszczególnych Produktów przez cały okres obowiązywania Umowy.”

Zdaniem Odwołującego jest to całkowicie niezrozumiałe odejście przez Zamawiającego od określonych w prawie cywilnym zasad odpowiedzialności kontraktowej. Jest to klasyczna klauzula abuzywna w rozumieniu art. 433 Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Mając na uwadze, że usługi w ramach przedmiotowego zamówienia będą realizowane wyłącznie w okresie obowiązywania nowej Ustawy PZP, Zamawiający, wszczynając niniejsze postępowanie, powinien wziąć pod uwagę wolę ustawodawcy w zakresie obowiązku współdziałania czy klauzul abuzywnych. A to wszystko w celu należytej realizacji zamówienia. Tymczasem Zamawiający bez żadnego uzasadnienia i bez istnienia przyczyn wprowadził do umowy postanowienie, zgodnie z którym wykonawca odpowiadał będzie na zasadzie ryzyka. Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe postanowienie powoduje, że umowa jest korzystna tylko dla jednej ze stron - dla Zamawiającego, a Wykonawca ponosi odpowiedzialność za okoliczności, które nie są przez niego zawinione. Odwołujący powołał się na wyrok KIO1698/10.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy poza zakres odpowiedzialności kontraktowej określony w art. 471 KC (odpowiedzialność kontraktowa na zasadzie winy) dopuszczalne jest jedynie w przypadku wskazanym w przepisie art. 473 §1 KC. Z kolei postanowienie przepisu art. 473 § 1 KC wyraźnie wskazuje, że dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, tylko w sytuacji wskazanej w tym przepisie - a mianowicie w Umowie takie oznaczone okoliczności muszą być wyraźnie określone. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył wskazaną regulację art. 473 § 1 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy). Zamawiający, chcąc skutecznie zastosować art. 473 §

1 KC i skutecznie rozszerzyć odpowiedzialność kontraktową wykonawcy na okoliczności inne niż zawinione, musiałby w Umowie wskazać konkretne „oznaczone okoliczności”, w przypadku zaistnienia których odpowiedzialność wykonawcy byłaby rozszerzona. Niedopuszczalność takiego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawców potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12: „Może zatem rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową przyjmując odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn od niego niezależnych, np. z powodu siły wyższej. Słusznie jednak wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, że jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 §1 k.c. musza w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność (porównaj wskazany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., U CSK 180/10). Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone.”

Tymczasem Zamawiający nie określił w przedmiotowym zapisie Umowy - wbrew regulacji art. 473 § 1 KC - tych konkretnych, oznaczonych okoliczności, na które odpowiedzialność miałyby być rozszerzona. A jednocześnie - odpowiedzialność tę rozszerzył, i to aż na zasadę ryzyka.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 2 ust. 19.

#### **Zarzut nr 6 - Umowa - Odpowiedzialność kontraktowa niezgodna z zasadami prawa cywilnego**

Odwołujący wskazał, że Zamawiający - pomimo iż nie istnieje żadna uzasadniona przyczyna - odstąpił od uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji Umowy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej określonej w przepisach Kodeksu Cywilnego. Zamawiający konsekwentnie posługuje się pojęciem „opóźnienie” - § 8 ust. 2, 3, 4, 6, 7, 9, 15 i 18 oraz § 9 ust. 1 pkt 4 IPU. Oczywistym jest, że Kodeks Cywilny jako zasadę odpowiedzialności kontraktowej konstytuuje odpowiedzialność dłużnika za okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Przy czym podkreślić należy, że pozycja wierzyciela jest bardzo mocna - jest ona wzmocniona poprzez stworzenie ustawowego domniemania winy dłużnika. Taka konstrukcja odpowiedzialności kontraktowej jest powszechnie przyjmowana jako wystarczająca i nie istnieją żadne racjonalne powody, aby Zamawiający - jako podmiot publiczny, który zobowiązany jest do równego traktowania wszystkich uczestników rynku - dyskryminował usługodawców w taki sposób, aby rozszerzać zakres ich odpowiedzialności także na okoliczności, za które dany wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Tymczasem właśnie taką odpowiedzialność kontraktową - niezależną od winy wykonawcy - uregulował Zamawiający wskazując na odpowiedzialność za opóźnienie. A przecież opóźnienie to sam fakt niedochowania terminu, niezależnie od tego, czy Wykonawca ponosi czy też nie ponosi odpowiedzialności za niedochowanie takiego terminu. A zatem każda kara umowna za opóźnienie jest karą umowną, która nie ma związku z zachowaniem Wykonawcy, nie ma związku z prawidłowym wykonaniem umowy. Pogląd o niemożności naliczenia kary umownej w przypadku braku winy potwierdzany był wielokrotnie przez Sąd Najwyższy, przykładowo już w wyroku z dnia 20 marca 1968 r. II CR 419/67: „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kc), kary umownej nie nalicza się”, jak i obecnie, w najnowszych orzeczeniach - w wyroku z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12: „Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności; za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólne i odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, aby wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa.” Pogląd taki stanowi ugruntowana obecnie już linie orzecznicza Sadu Najwyższego, jak chociażby wyrok z dnia 26 stycznia 2011 r. II CSK 318/10, wyrok z dnia 6 października 2010 r. II CSK 180/10, wyrok z dnia 11 stycznia 2008 r. V CSK 362/07, wyrok z dnia 21 września 2007 r. V CSK 139/07, wyrok z dnia 11 marca 2004 r. V CSK 369/03, wyrok z dnia 11 czerwca 2003 r. III CKN 50/01, wyrok z dnia 27 czerwca 2003 r. IV CKN 300/01. Także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2014 roku, KIO 923/14 stwierdziła, że kara umowna może być zastrzeżona wyłącznie w przypadku zwłoki wykonawcy: Odnosząc się to tego zarzutu Izba wskazuje, że kara umowna jest rodzajem sankcji cywilnoprawnej zastrzeżonej na wypadek szkód powstałych w wyniku niewłaściwego wykonania umowy. (...) Odnosząc się do podnoszonego zarzutu, Izba stwierdza, że zarzut jest zasadny w zakresie zakwestionowania ustanowienia i powiązania kar umownych z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada. Instytucja kar umownych zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w bogatym orzecznictwie SN (m.in. wyrok powoływany w odwołaniu) wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań w zwykłym wymiarze. Jak stwierdzono ponadto w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r. (sygn. akt: V CSK 139/07): „Zgodnie z art 383 § 1 i art. 384 § 1 k.c., zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.), To oznacza, że kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (476 k.c.), nie przysługuje natomiast, jeżeli dłużnik obali wynikające z art. 471 in fine k.c. domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.” Dlatego też zamawiający winien ustalić obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku zwłoki wykonawcy”. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku z dnia 14 marca 2012, KIO 399/12: „Zarzut jest zasadny w zakresie zakwestionowania ustanowienia i powiązania kar umownych z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada. (...) Natomiast instytucja kar umownych zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie SN (m.in. wyrok powoływany w odwołaniu) wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań w zwykłym wymiarze”.

W ocenie Odwołującego, zaskarżone zapisy SIWZ powodują, że umowa jest korzystna tylko dla jednej ze stron - dla Zamawiającego, a obowiązki nałożone są tylko na Wykonawcę. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika poza zakres odpowiedzialności określony w art. 471 KC (odpowiedzialność kontraktowa na zasadzie winy) dopuszczalne jest jedynie w przypadku wskazanym w przepisie art. 473 § 1 KC. Ż kolei postanowienie przepisu art. 473 § 1 KC wyraźnie wskazuje, że dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, tylko w sytuacji wskazanej w tym przepisie - a mianowicie w Umowie takie oznaczone okoliczności muszą być wyraźnie określone. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył wskazaną regulację art. 473 § 1 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy). Zamawiający, chcąc skutecznie zastosować art. 473 § 1 KC i skutecznie rozszerzyć odpowiedzialność kontraktową wykonawcy na okoliczności inne niż zawinione, musiałby w Umowie wskazać konkretne „oznaczone okoliczności”, w przypadku zaistnienia których odpowiedzialność wykonawcy byłaby rozszerzona. Niedopuszczalność takiego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawców potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12: „Może zatem rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową przyjmując

odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn, od niego niezależnych, np. z powodu siły wyższej. Słusznie jednak wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, że jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 k.c. muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność (porównaj wskazany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., U CSK 180/10). Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone." Tymczasem Zamawiający nie określił w przedmiotowym zapisie Umowy - wbrew regulacji art. 473 § 1 KC - tych konkretnych, oznaczonych okoliczności, na które odpowiedzialność miałaby być rozszerzona. A jednocześnie - odpowiedzialność tę rozszerzył.

**Izba ustaliła co następuje:**

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „nPzp”.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp.

W dniu 9 lutego 2021 w sprawie o sygn. akt: KIO 5/21 wpłynęło pismo Odwołującego, zawierające oświadczenie o cofnięciu zarzut nr 4.

W dniu 11 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odpowiedzi Zamawiającego na odwołania. Zamawiający oświadczył, że:

- W sprawie o sygn. akt: KIO 5/21, uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 5 oraz 6. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów nr 1, 3 oraz 4;
- W sprawie o sygn. akt: KIO 126/21 uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 4, 5 oraz 6. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów nr 1 oraz 3;
- W sprawie o sygn. akt: KIO 128/21 uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 4, 5 oraz 6. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów nr 1 oraz 3;
- W sprawie o sygn. akt: KIO 129/21 uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 4, 5 oraz 6. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów nr 1 oraz 3.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła, że rozpoznaniu na rozprawie podlegają zarzuty: nr 1 oraz 3 odwołań. W zakresie zarzutu nr 4 (odwołanie o sygn. akt: KIO 5/21), który został cofnięty przez Odwołującego oraz w zakresie zarzutów nr 2, 5 oraz 6 (odwołania o sygn. akt: KIO 5/21) które zostały w całości uwzględnione przez Zamawiającego oraz zarzutów nr 2, 4, 5 oraz 6 odwołań o sygn. akt: KIO 126/21, KIO 128/21 oraz KIO 129/21, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu, zgodnie z art. 568 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 nPzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nPzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba ustaliła, w zakresie rozpoznawanych zarzutów, że Zamawiający prowadzi następujące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej „**Postępowania**”):

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na Usługę wsparcia i modyfikacji Systemu KRK oraz RSPTS (sygn. akt: KIO 5/21)
2. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi wsparcia i modyfikacji Systemu Losowego Przydziału Spraw (SLPS) (sygn. akt: KIO 126/21)
3. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa wsparcia i modyfikacji Systemu RZ” ( sygn. akt: KIO 128/21)
4. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na Usługę wsparcia i modyfikacji systemów Ministerstwa Sprawiedliwości (sygn. akt: KIO 129/21).

W Postępowaniach Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: „18.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

a)Cena (C) - 60% (60 pkt.)

b)Czas usunięcia awarii lub błędów (T) - 40% (40 pkt.)"

Kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów” będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w Formularzu „Oferta”.

W kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów” Wykonawca zobowiązany jest zadeklarować tylko jeden zestaw z zestawów określonych przez Zamawiającego.

W kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów” Zamawiający wskazał, że będzie przyznawał punkty za poszczególne zadeklarowane zestawy w zakresie czasu usunięcia awarii lub błędów, odpowiednio, jak poniżej: 1) Zestaw 1 i określone w nim czasy usunięcia awarii lub błędów - 0 punktów; 2) Zestaw 2 i określone w nim czasy usunięcia awarii lub błędów - 20 punktów; 3) Zestaw 3 i określone w nim czasy usunięcia awarii lub błędów - 40 punktów; Zadeklarowany przez Wykonawcę zestaw określający, potwierdzający czas usunięcia awarii lub błędów może zostać wybrany przez Wykonawcę tylko z powyższych zestawów określonych przez Zamawiającego. Wykonawca nie może zadeklarować innego zestawu (określającego, potwierdzającego czas usunięcia awarii lub błędów) oraz podawać w ww. zestawach innych, odmiennych niż określone przez Zamawiającego czasów usunięcia awarii lub błędów. W przypadku zadeklarowania przez Wykonawcę czasu usunięcia awarii lub błędów innych niż określone i przypisane przez Zamawiającego do wyżej wymienionych zestawów lub zadeklarowanie przez Wykonawcę czasu usunięcia awarii lub błędów w innym nieokreślonym przez Zamawiającego zestawie albo niezadeklarowanie, niepodanie, nieokreślenie przez Wykonawcę czasu usunięcia awarii lub błędów, tj. Zestawu, Zamawiający uzna, że treść oferty nie odpowiada treści

## SIWZ. 18.4.

Dalej Izba ustaliła, że Zamawiający w dokumencie „Istotne dla Stron Postanowienia Umowy” (dalej **IPU**) oraz w Załączniku 5 do IPU (sygn. akt: KIO 5/21) oraz w załączniku nr 3 (KIO 126/21, KIO 128/21, KIO 129/21) zawa następujące definicje:

Błąd	Zdarzenie lub zakłócenie niebędące częścią standardowego działania Systemu bez względu na jego przyczynę skategoryzowane i opisane w Załączniku nr 5 (3) do Umowy.
Błąd krytyczny	Błąd uniemożliwiający poprawne wykorzystanie Systemu lub jego niezbędnej funkcjonalności do realizacji procesów biznesowych. Zakłócenie pracy Systemu polegające na istotnym ograniczeniu wydajności Systemu lub pracy Systemu niezgodnej z Dokumentacją. Działanie Systemu prowadzące do otrzymywania błędnych wyników przetwarzania danych w tym mogące powodować lub powodujące utratę danych, uszkodzenie danych lub utratę ich spójności, brak możliwości przetwarzania lub rejestracji danych w Systemie. Jako błąd krytyczny należy rozumieć również błąd mogący powodować lub powodujący przełamanie zabezpieczeń związanych z poufnością, integralnością i dostępnością systemu i danych. Po udostępnieniu Obejścia Błąd krytyczny staje się Błędem zwykłym
Błąd Zwykły	Błąd nie powodujący zatrzymania procesu biznesowego, który: -utrudnia realizację procesów biznesowych; -utrudnia efektywne wykorzystanie Systemu lub funkcjonalności Systemu; - powoduje działanie Systemu nie zgodne z Dokumentacją; nie będący Awarią, Błędem krytycznym ani Błędem drobnym
Błąd Drobnny	Błąd ujawniony w obszarze zastosowań Systemu, który nie stanowi zagrożenia wykonania funkcji Systemu ale wpływa negatywnie na komfort pracy użytkownika który prowadzi do: - nieergonomicznej pracy (np. format pól, brak walidacji, literówki, błędne nazwy, konieczność zbędnych „kliknięć”), utrudniającej uzyskanie pożądanego rezultatu, itp.

Izba ustaliła, że w §2 pkt 5 IPU Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Wykonawca gwarantuje dostępność Systemu (rozumianą jako czas działania Systemu bez Awarii i Błędu krytycznego określonych w Załączniku nr 3 do Umowy) na poziomie co najmniej 98% w miesiącu kalendarzowym, z wyłączeniem ograniczeń dostępności usługi, o których mowa w ust. 6.

Kalendarz dostępności: dla Systemu - 24 godziny na dzień, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku (366 dni w roku przestępnym). Do gwarantowanego poziomu dostępności Systemu nie jest wliczana jego niedostępność wynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego polegających na zatrzymaniu lub zakłóceniu pracy Systemu, spowodowanych działaniami Zamawiającego wynikającymi z eksploatacji Infrastruktury technicznej lub awarią Infrastruktury technicznej, w tym awarią łączy teletransmisyjnych, awarią sprzętu komputerowego, awarią zasilania lub brakiem danych niezbędnych do odtworzenia Systemu.

W §2 ust. 13 IPU Zamawiający wskazał: „(...) Wykonawca nie odpowiada za Błędy spowodowane nieautoryzowanymi przez Wykonawcę, modyfikacjami lub konfiguracją wykonanymi przez Zamawiającego lub osoby trzecie działające w jego imieniu, zobowiązany jednak jest do ustalenia przyczyn wystąpienia Błędów i przedstawienia Diagnozy Zamawiającemu. W razie sporu, co do przyczyn wystąpienia Błędów Zamawiający powoła biegłego, celem wiążącego ustalenia przyczyny wystąpienia Błędów. Koszty powołania biegłego i naprawy Błędów ponosi Strona ponosząca odpowiedzialność za powstanie Błędów. Wykonawca będzie usuwał błędy spowodowane działaniem podmiotów trzecich niezwłocznie na koszt Strony odpowiedzialnej za spowodowanie Błędu, przy czym rozliczenie nastąpi po ostatecznym rozstrzygnięciu wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych w sprawie.”

Ponadto Izba ustaliła, że w załączniku nr 3, Zamawiający w pkt 8 Zamawiający zawarł informacje dotyczącą Kategorii Błędów i Czasu realizacji Zgłoszeń:

Tabela numer 1 Kategorie Błędów i czas realizacji Zgłoszeń			
Kategoria	Opis	Priorytet w systemie zgłoszeniowym	Czas realizacji
Awaria	Stan Systemu powodujący brak możliwości uruchomienia lub całkowite unieruchomienie Systemu lub brak dostępu do Systemu.	krytyczny	(zgodnie z ofertą przetargową) do ..... (maksymalnie do 8) godzin zegarowych od Zgłoszenia albo stwierdzenia Awarii przez Wykonawcę, liczonych w oknie 24x7

Błąd krytyczny	<p>Błąd uniemożliwiający poprawne wykorzystanie Systemu lub jego niezbędnej funkcjonalności do realizacji procesów biznesowych. Zakłócenie pracy Systemu polegające na istotnym ograniczeniu wydajności Systemu lub pracy Systemu niezgodnej z Dokumentacją. Działanie Systemu prowadzące do otrzymywania błędnych wyników przetwarzania danych w tym mogące powodować lub powodujące utratę danych, uszkodzenie danych lub utratę ich spójności, brak możliwości przetwarzania lub rejestracji danych w Systemie.</p> <p><b>Jako błąd krytyczny należy rozumieć również błąd mogący powodować lub powodujący przełamanie zabezpieczeń związanych z poufnością, integralnością i dostępnością systemu i danych.</b></p> <p>Po udostępnieniu Obejścia Błąd krytyczny staje się Błędem zwykłym</p>	wysoki	(zgodnie z ofertą przetargową) do ..... (maksymalnie do 16) godzin zegarowych od Zgłoszenia albo stwierdzenia Błądu krytycznego przez Wykonawcę, liczonych w oknie 24x7
Błąd zwykły	<p>Błąd nie powodujący zatrzymania procesu biznesowego, który:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- utrudnia realizację procesów biznesowych;</li> <li>- utrudnia efektywne wykorzystanie Systemu lub funkcjonalności Systemu;</li> <li>- powoduje działanie Systemu nie zgodne z Dokumentacją;</li> </ul> <p>nie będący Awarią, Błędem krytycznym ani Błędem drobnym</p>	średni	(zgodnie z ofertą przetargową) do ..... (maksymalnie do 81) godzin zegarowych od Zgłoszenia albo stwierdzenia Błądu zwykłego przez Wykonawcę, liczonych w oknie 7.30-16.30, 5 Dni roboczych w tygodniu
Błąd drobny	<p>Błąd ujawniony w obszarze zastosowań Systemu, który nie stanowi zagrożenia wykonania funkcji Systemu ale wpływa negatywnie na komfort pracy użytkownika który prowadzi do:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- nieergonomicznej pracy (np. format pól, brak walidacji, literówki, błędne nazwy, konieczność zbędnych „kliknięć”), utrudniającej uzyskanie pożądanego rezultatu, itp.</li> </ul>	niski	(zgodnie z ofertą przetargową) do ..... (maksymalnie do 126) godzin zegarowych od Zgłoszenia albo stwierdzenia Błądu drobnego przez Wykonawcę, liczonych w oknie 7.30-16.30, 5 Dni roboczych w tygodniu
<p>Do czasów wskazanych powyżej nie wlicza się czasu niedostępności wynikającej z zatrzymania lub zakłócenia pracy Systemu spowodowane awarią infrastruktury technicznej, tj. awarią łączy teletransmisyjnych, awarią sprzętu komputerowego, awarią zasilania lub brakiem danych niezbędnych do odwołania Systemu. Czas realizacji Zgłoszeń naprawy Błędów oraz skutków Błędów, naprawy bazy danych będzie liczony odpowiednio od chwili przywrócenia transmisji, zakończenia naprawy sprzętu komputerowego lub dostarczenia Wykonawcy poprawnych danych do odwołania Systemu. Każde takie zdarzenie zostanie udokumentowane poprzez sporządzenie notatki zawierającej informację o momencie rozpoczęcia i zakończenia jego występowania.</p>			

***Izba zważyła co następuje:***

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołania podlegają oddaleniu. Zarzuty nr 1 oraz nr 3, które podlegały rozpoznaniu przez Izbę zostały tożsamo sformułowane przez Odwołującego we wszystkich odwołaniach, stąd też rozstrzygnięcie i uzasadnienia Izby poniżej odnosi się do wszystkich odwołań.

**Zarzut nr 1 – naruszenie art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ustawy Pzp**

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ust. 2d ustawodawca wskazał, że Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Przywołany przepis statuuje obowiązek Zamawiającego do jednoznacznego i zrozumiałego opisu kryteriów oceny ofert. W tym zakresie Odwołujący uzasadnił swój zarzut twierdzeniem, iż wprowadzone przez Zamawiającego kryterium pozacenowe – „Czas usunięcia awarii lub błędów” jest kryterium pozornym i nieweryfikowalnym. Nie kwestionował, zdaniem Izby, opisu wymagań zawartych przez Zamawiającego w Zestawach (nr 1, 2, 3), ale wyłącznie przyjęty przez Zamawiającego sposób weryfikacji oświadczenia wykonawcy złożonego w formularzu oferty co do wyboru konkretnego zestawu. W konsekwencji uznać należy, że opis poszczególnych Zestawów w ramach kryterium pozacenowego jest dla Odwołującego jednoznaczny. Rozstrzygnięcia wymagało zaś to, czy przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny ww. kryterium jest pozorny i nieweryfikowalny, a tym samym stanowiący naruszenie wskazanego przez Odwołującego art. 91 ust. 2d ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Zamawiający nie naruszył ww. przepisów. Izba stoi na stanowisku, że przepis art. 91 ust. 2d ustawy Pzp musi być interpretowany w kontekście konkretnego kryterium pozacenowego, charakteru takiego kryterium oraz przedmiotu zamówienia. Nie ma wątpliwości, iż istnieją kryteria pozacenowe, które można zweryfikować za pomocą konkretnych obiektywnych dowodów. Zaliczyć do nich należy chociażby doświadczenia wykonawcy nabyte podczas realizacji konkretnych zamówień, gwarancję producenta, która może być potwierdzona oświadczeniem producenta,

określone dodatkowe funkcjonalności przedmiotu zamówienia, które może potwierdzić producent. Zauważyć jednakże należy, że przepisy ustawy Pzp wprowadzają ograniczenia co do doboru przez zamawiających kryteriów pozacenowych tylko w zakresie ich powiązania z przedmiotem zamówienia oraz w zakresie zakazu ustalenia kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Ustawodawca nie określa w ustawie Pzp procedury weryfikacji spełnienia przez wykonawców kryteriów pozacenowych. Zdaniem Izby z art. 91 ust. 2d nie sposób wywieść obowiązku Zamawiającego określenia w SIWZ bliżej niesprecyzowanej przez Odwołującego procedury weryfikacji oświadczenia wykonawcy. Ustawodawca zdaniem Izby nie nakłada na zamawiających obowiązku potwierdzenia spełnienia kryteriów pozacenowych jakimiś konkretnymi dowodami. Wskazuje wyłącznie, iż opisując kryteria pozacenywe Zamawiający powinien określić sposób sprawdzenia informacji. W tym aspekcie zastosowanie ma art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem rodzaju kryterium pozacenywego. W analizowanym stanie faktycznym, istotą kryterium wprowadzonego przez Zamawiającego jest zobowiązanie wykonawcy do usunięcia awarii czy błędu w czasie realizacji umowy w określonym przedziale czasowym. Wykonawca potwierdza to zobowiązanie poprzez złożenie stosowanego oświadczenia. Trudno w takiej sytuacji szukać obiektywnych dowodów potwierdzających treść zobowiązania danego wykonawcy. Każdy z wykonawców znajduje się w takiej samej pozycji, każdy z nich oceniając swoje doświadczenie, swój potencjał kadrowy i przewidywane zaangażowanie finansowe w realizację zamówienia dokonuje oceny przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego określonych w poszczególnych Zestawach i wyraża w ofercie konkretne zobowiązanie do wykonania zamówienia na zasadach określonych w wybranym Zestawie. Nie dochodzi więc, zdaniem Izby, do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Oczywiście na etapie badania i oceny ofert, Odwołujący ma możliwość kwestionowania oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie, chociażby na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 czy 4 ustawy Pzp, jeśli w jego ocenie treść zobowiązania zaciągniętego przez wykonawcę nie znajduje odzwierciedlenia w ofercie czy też w innych obiektywnych okolicznościach.

Zdaniem Izby specyfika kryterium wprowadzonego przez Zamawiającego wyrażająca się w powzięciu przez wykonawcę określonego zobowiązania do usunięcia awarii czy błędu uzasadnia przyjęty przez Zamawiającego zakres informacji służących do weryfikacji kryterium pozacenywego. Jest to bowiem zobowiązanie własne wykonawcy i tylko wykonawca, w okolicznościach omawianej sprawy, oceniając swoje indywidualne doświadczenie oraz zaangażowanie kadrowe i finansowe w projekt może stanowić źródło potwierdzenia składanych przez niego oświadczeń.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że wybór określonego Zestawu przez wykonawcę w kryterium pozacenywym jest tylko nieweryfikowalną deklaracją wykonawcy. Zdaniem Izby, takie oświadczenia wykonawcy jest konkretnym zobowiązaniem wykonawcy do usunięcia awarii czy błędu w czasie wymaganym przez Zamawiającego, za które wykonawca ponosi określoną odpowiedzialność na etapie realizacji zamienienia. Kryterium czasu usunięcia awarii lub błędu jest skorelowane z karami umownymi związanymi z nienależytym wykonaniem świadczeń, które wynikają z niezachowania omówionych terminów wykonania umowy. Należy tu przywołać §8 pkt 3 IPU, który stanowi, że w przypadku niedotrzymania terminów określonych w Załączniku nr 3 do Umowy dotyczących usuwania Błędów (w tym usuwania Błędów w ramach realizacji obowiązków Wykonawcy wynikających z rękopisami lub gwarancji), wykonawca zapłaci Zamawiającemu określone kary umowne.

Zdaniem Izby Zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria pozacenywe winny być uzasadnione potrzebami Zamawiającego, co Zamawiający wykazał powołując się na znaczenie i wagę Systemów. Kryterium to pozostaje w bezpośrednim, ścisłym związku z przedmiotem zamówienia i przekłada się wprost na jakość oczekiwanych usług objętych Postępowaniami.

Izba uznała za niezasadne żądanie Odwołującego zastąpienia kryterium pozacenywego – „Czas usunięcia awarii lub błędu” kryterium „Test kompetencji”. Należy wskazać, że to Zamawiający określa kryteria oceny ofert, nie zaś Izba czy Odwołujący. Za niezasadne uznać należy oczekiwanie, że Izba narzuci Zamawiającemu określone kryterium pozacenywe, szczególnie to wnioskowane przez jednego z wykonawców. Izba stoi na stanowisku, że może orzec o niezgodności danego kryterium pozacenywego z przepisami ustawy Pzp i nakazać jego wykreślenie czy wprowadzenie innego, ale wybranego przez Zamawiającego, nie zaś przez Izbę czy Odwołującego.

Ponadto Izba wskazuje, że omawiany zarzut Odwołującego oparty został na założeniu, że ze względu na wagę kwestionowanego kryterium i sposób jego skonstruowania wysoce prawdopodobne jest wskazanie przez wszystkich wykonawców Zestawu nr 3, który spowoduje przyznanie ofertom maksymalnej liczby punktów w tym kryterium. Izba podkreśla, że sformułowane przypuszczenie nie mogło jednak stanowić podstawy uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Trzeba mieć bowiem na względzie, że z tych samych powodów (waga i konstrukcja kryterium) możliwa jest także sytuacja, w której wykonawca zrezygnuje z możliwych do zdobycia punktów w tym kryterium, wyrównując tą stratę odpowiednim obniżeniem ceny. Przypuszczenia Odwołującego, bez chociażby ich uprawdopodobnienia nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia prawa przez Zamawiającego.

### **Zarzut nr 3 – definicja „Błędu”**

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Izba przychyliła się do argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący zakwestionował definicję „Błędu” zawartą w IPU oraz w załączniku nr 5/3 do umowy, wskazując, że Zamawiający nadużył swojej uznaniowości i zdefiniował błąd jako każde zdarzenie lub zakłócenie niebędące częścią standardowego działania Systemu bez względu na jego przyczynę. To powoduje zaś, że wykonawca nie może oszacować liczby błędów i rodzi ryzyko, że Zamawiający jako błąd może określić zdarzenia tkwiące w działaniach lub zaniechaniach Zamawiającego. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż nieuprawniona jest wybiórcza analiza zapisów IPU. Definicja „Błędu” jak również zakres odpowiedzialności wykonawcy podlega analizie z uwzględnieniem całości zapisów IPU. I tak wskazać należy, że w §2 ust. 13 IPU Zamawiający jednoznacznie zastrzegł, że Wykonawca nie odpowiada za błędy spowodowane nieautoryzowanymi przez Wykonawcę, modyfikacjami lub konfiguracją wykonanymi przez Zamawiającego lub osoby trzecie działające w jego imieniu, zobowiązany jednak jest do ustalenia przyczyn wystąpienia Błędów i przedstawienia Diagnozy Zamawiającemu. W razie sporu, co do przyczyn wystąpienia Błędów, Zamawiający powoła biegłego, celem wiążącego ustalenia przyczyny wystąpienia Błędów. Koszty powołania biegłego i naprawy Błędów ponosi Strona ponosząca odpowiedzialność za powstanie Błędów. Wykonawca będzie usuwał błędy spowodowane działaniem podmiotów trzecich niezwłocznie na koszt Strony odpowiedzialnej za spowodowanie Błędu, przy czym rozliczenie nastąpi po ostatecznym rozstrzygnięciu wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych w sprawie.

Tym samym, zdaniem Izby, twierdzenie jakoby definicja Błędu zawarta przez Zamawiającego w IPU rodziła po stronie wykonawcy ryzyko, iż Zamawiający wskaże jako błąd zdarzenia, które tkwi w działaniach czy zaniechaniach Zamawiającego, uznać należy za niewykazane i nieznajdujące oparcia w treści dokumentacji przetargowej. Zamawiający bowiem wyraźnie i jednoznacznie wyłącza odpowiedzialność Wykonawcy za błędy, za które Zamawiający jest sam

odpowiedzialny. Podnoszone podczas rozprawy twierdzenia Odwołującego, iż w przywołanych zapisach brak jest odniesienia do zaniechań Zamawiającego, zdaniem Izby, nie zasługuje na aprobatę. Przywołana powyżej klauzula w sposób jednoznaczny statuuje podział odpowiedzialności stron i wyłącza odpowiedzialność wykonawcy za działania Zamawiającego, co również zdaniem Izby obejmuje ewentualny brak działania Zamawiającego, przy czym zaniechania Zamawiającego muszą być powiązane z określonym obowiązkiem działania i wynikać z umowy łączącej strony.

Ponadto wskazać należy, na regulacje zawarte w §2 ust. 5 IPU, w którym wskazano, że do gwarantowanego poziomu dostępności Systemu nie jest wliczana jego niedostępność wynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, polegających na zatrzymaniu lub zakłóceniu pracy Systemu, spowodowanych działaniami Zamawiającego wynikającymi z eksploatacji Infrastruktury technicznej lub awarią Infrastruktury technicznej, w tym awarią łączy teletransmisyjnych, awarią sprzętu komputerowego, awarią zasilania lub brakiem danych niezbędnych do odtworzenia Systemu. Zamawiający przez przywołane postanowienie IPU ogranicza odpowiedzialność Wykonawców za błędy, które pochodzą z określonych przyczyn związanych z szeroko rozumianą „infrastrukturą” Zamawiającego. Takie przedmiotowe skonkretyzowanie wyłączeń, czyni, zdaniem Izby, zarzut Odwołującego o nadużywaniu uznaniowości za niezasadny.

W ocenie Izby, Zamawiający wprowadził szerszą definicję Błędu niż w postępowaniach na jakie powołuje się Odwołujący i doprecyzował, że za Błąd będzie uznawane każde zdarzenie lub zakłócenie niebędące częścią standardowego działania Systemu bez względu na jego przyczynę. Przy czym Zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że wykonawca nie odpowiada za Błąd, za który sam Zamawiający jest odpowiedzialny. Zamawiający przewidział procedurę weryfikacji ustaleń co do przyczyn błędu, z udziałem biegłego, która nie była kwestionowana przez Odwołującego. Izba w tym zakresie nie dopatrzyła się niejednoznaczności opisu zakresu obowiązków wykonawcy czy problemów interpretacyjnych związanych z definicją błędu. Pojawienie się nowego zapisu „*bez względu na jego przyczynę*”, którego dotychczas Zamawiający nie praktykował w swoich postępowaniach nie może uzasadniać naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uregulował procedurę weryfikacji źródła Błędu, której zapisy nie były kwestionowane przez Odwołującego.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż definicja zawarta w IPU powoduje, że wykonawca nie może wycenić przedmiotu zamówienia. W tym zakresie twierdzenia Odwołującego są bardzo ogólnie i sprowadzają się do stwierdzenia, iż zapis „*bez względu na jego przyczynę*” powoduje niemożność oszacowania liczby Błędów. Zdaniem Izby z uwagi, na przyjęte zapisy odnośnie sposobu weryfikacji źródła Błędów, a w konsekwencji kosztów związanych z usunięciem Błędów, twierdzenia Odwołującego uznać należy za niezasadne. Z przywołanych zapisów IPU wynika w sposób oczywisty, że koszty związane z Błędami, których źródłem jest Zamawiający lub osoby działające z imieniem Zamawiającego, nie są ponoszone przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 ).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....